

## La cobertura de interrupción de negocios en el contexto del Covid

Más de dos años después de que la Organización Mundial de la Salud (OMS) calificara como pandemia al brote de Covid-19, sus impactos a nivel económico, social, político y sanitario se siguen sintiendo en



Si bien el proceso de vacunación ha alcanzado niveles

aceptables que garantizarían que el impacto sobre la salud de las personas se reduzca gradualmente, los efectos de la pandemia, y la pandemia en sí misma, están lejos de desaparecer.

Los mercados aún se muestran sensibles frente a las novedades que surgen en torno a la propagación del virus, y los gobiernos permanecen atentos a cualquier rebrote que los lleve a adoptar distintos tipos de medidas que en estos últimos tiempos han demostrado ser, en algunos casos, efectivas, y en otros casos, improcedentes.

El aislamiento obligatorio, el cese de actividades y la prohibición de circular, entre varias medidas, han generado un profundo impacto en los distintos mercados, incluyendo el asegurador y reasegurador. En tanto los comercios sufrieron pérdidas incalculables, sus dueños han evaluado la posibilidad de recurrir a aquellas aseguradoras con las que contrataran sus pólizas, a partir de la existencia de la denominada cobertura de *interrupción de negocios o pérdida de beneficios*.

A pesar de ello, los resultados no han sido, en términos generales, los que muchos de los asegurados esperaban. La mayoría de estos reclamos fueron rechazados por las aseguradoras y, a pesar de la judicialización de algunos de estos reclamos, los magistrados han desestimado los mismos.

Si bien esto podría suscitar tensiones en la relación entre asegurados y aseguradoras, la realidad ha demostrado que las pólizas comercializadas, en general, no están diseñadas para cubrir las pérdidas ocasionadas como consecuencia de las medidas de gobierno que afectaran el normal desarrollo de las actividades comerciales y productivas en el contexto de la pandemia y, por ende, la improcedencia de dichos reclamos en los mercados más desarrollados resulta una consecuencia razonable.

Lo anterior no implica desconocer aquellos casos de resonancia, aunque excepcionales, en donde se admitiera la cobertura asegurativa, pero éstos han tenido lugar en regiones cuyos mercados aseguradores se encuentran desarrollados en mayor medida, tanto en producción de primas como en la variedad de coberturas ofrecidas, que nada tienen que ver con la realidad latinoamericana y que, por ende, tornan imposible trasladar dichas consideraciones de una región a la otra.

### **La asegurabilidad de los riesgos**

Todo contrato de seguro depende, en cuanto a su validez, de la existencia de un riesgo asegurable. Así, podemos definir *riesgo* como la posibilidad de que un evento dañoso ocurra en la persona o en sus bienes, es decir, un evento patrimonialmente desfavorable. Asimismo, para que el riesgo sea asegurable, éste debe responder a un interés lícito.

En otras palabras, un riesgo asegurable supone un evento temido de tipo incierto, pero de ocurrencia posible. En base a ello, el riesgo asegurable reúne cuatro elementos y, ante la falta de uno de estos elementos, el riesgo no es asegurable y, por ende, no puede existir un contrato de seguro válido. Estos elementos son:

- a) Objetividad – Es ajeno a la voluntad de las partes;
- b) Incertidumbre – Se desconoce la época en que el mismo podría tener lugar;
- c) Frecuencia – Probabilidad de ocurrencia del siniestro; y
- d) Dispersión – El riesgo no debe ser generalizado.

Atendiendo a lo anterior, el mercado asegurador y reasegurador mundial reconoce la existencia de un tipo particular de riesgos cuya producción supone la afectación de una gran mayoría de personas y/o cosas. Estos riesgos no resultan comercialmente asegurables frente a la imposibilidad de ser "modelados" por los actuarios que trabajan en las aseguradoras a la hora de definir el monto de las primas. Al respecto, estamos hablando de riesgos tales como las guerras, el cambio climático y los riesgos nucleares.

Así las cosas, cabe destacar que la *pandemia* consiste en una enfermedad epidémica que se extiende a varios países, afectando a casi todos los individuos dentro de una misma localidad, región o país. Es un fenómeno de tipo impredecible e imprevisible, lo que claramente permite encuadrarlo dentro de la categoría de los riesgos previamente referenciados, a los que el mercado ha denominado *riesgos fundamentales* o *fundamental risks*.

Nótese que uno de los caracteres esenciales de un riesgo asegurable es la dispersión, esto es, la no generalización en la afectación producida por la ocurrencia de un siniestro sobre el total de los asegurados. La pandemia es un fenómeno que, justamente, su producción supone la afectación de la generalidad de los asegurados, aún de distintas maneras y con distinta intensidad. Por ende, si se admitiera la cobertura de las pandemias en todas aquellas pólizas que cubren las pérdidas de beneficios o la interrupción de negocios, se estaría yendo en contra de toda lógica comercial, obligando a aseguradoras y reaseguradoras a proceder con el desembolso de una multiplicidad incalculable de fondos para hacer frente a enormes pérdidas sufridas por los asegurados, a riesgo de que las mismas incurran en una imposibilidad material del cumplimiento de sus obligaciones a futuro y en un eventual estado de cesación de pagos o de quiebra.

Por supuesto, lo anterior no implica desconocer aquellos casos en los que, excepcional y expresamente, se haya admitido la cobertura, como el caso de Aeltc (*All England Lawn Tennis & Croquet Club*), organizadora del torneo de tenis en Wimbledon, que en el año 2003 solicitara a su aseguradora la incorporación de una cláusula de cobertura para las pérdidas económicas resultantes de un virus, a partir de las preocupaciones que surgieran en el contexto del brote de Sars en el año 2002.

### **. Interrupción de negocios**

Al hablar de *interrupción de negocios* o *business interruption* (BI), nos referimos a una cobertura que actúa frente a eventuales pérdidas en los ingresos que pueda sufrir el asegurado a partir de un daño material o físico directo a su propiedad, bienes o instalaciones, como consecuencia de un peligro o riesgo asegurable. De esta manera, la aseguradora garantiza al asegurado el pago de una indemnización como consecuencia de aquellos beneficios, ganancias o ingresos que deja de obtener con motivo de la paralización de su empresa o explotación a raíz de un accidente, evento o riesgo que debe encontrarse expresamente previsto en la póliza.

El concepto previamente definido deja en claro que existen ciertas condiciones de procedencia de esta cobertura, a saber: (1) debe existir un daño en los bienes o en la propiedad del asegurado a raíz de un riesgo expresamente cubierto (como puede ser un incendio, una inundación, una explosión u otros), pues estamos en presencia de una cobertura accesoria y no autónoma; (2) el daño o la pérdida debe ser consecuencia del riesgo cubierto; y (3) el daño o la pérdida sufrida debe ser material o tangible, esto es, debe verificarse una afectación, disminución, deterioro o destrucción de carácter físico en los bienes o en la propiedad del asegurado, que torne necesaria su reparación o reposición.

Quizás esta última condición sea la que mayor cantidad de discusiones ha generado entre aseguradoras y asegurados, al punto tal de judicializarse los reclamos de estos últimos en aquellas regiones cuyos mercados se encuentran mayormente desarrollados.

Al respecto, sabido es que la propagación del virus no genera un daño material sobre los bienes o instalaciones del asegurado, lo que no implica desconocer que, en el contexto de una pandemia, no puedan sufrirse pérdidas económicas. Lo que debe dejarse aclarado es que, aún existiendo pérdidas, las condiciones de procedencia de la cobertura no se dan, pues la pandemia no solamente es un riesgo de carácter no asegurable, sino que además la presencia del virus no genera un daño o pérdida material.

Además, si los puntos anteriores no resultan suficientes para arribar a dicha conclusión, se suma un tercer elemento, y es que estamos en presencia de un daño indirecto. Resumidamente, entre la pandemia y las pérdidas sufridas por los comercios, existe un elemento intermedio, que son las medidas de gobierno que se adoptan. Son de público conocimiento las inagotables discusiones relativas a las medidas a ser adoptadas para evitar la propagación del virus. De un lado, están aquellos países que apuestan al confinamiento total de sus conciudadanos; del otro, están aquellos países que apuestan a la responsabilidad y el cuidado individual de cada persona; y, en el medio, están aquellos países que intentan encontrar un punto de equilibrio entre ambos extremos.

De esta manera, el mismo comercio, ubicado en distintos países, puede sufrir mayores, menores o nulas pérdidas, y eso se debe, justamente, a que las mismas no son una consecuencia directa de la pandemia, sino de las medidas de gobierno adoptadas en dicho contexto. Por lo tanto, la conexión entre la pandemia y las pérdidas no es directa sino, más bien, indirecta.

Lo anterior puede fácilmente vislumbrarse en dos claros ejemplos: (1) por un lado, ciertos comercios han experimentado un crecimiento notable de sus operaciones, como los portales de compra y venta *online*, a pesar de que todas las personas y las empresas se vieron sometidas a la misma pandemia, lo que claramente demuestra que entonces no es la pandemia la causante de las pérdidas; y (2) la pandemia, al día de hoy, subsiste, a pesar de que los contagios han disminuido y las muertes han reducido su crecimiento y, sin embargo, la gran mayoría de los comercios ya han reestablecido su operatoria casi de manera plena, lo que nuevamente demuestra que no es entonces la pandemia en sí la causante de aquellas pérdidas sino, una vez más, las medidas de gobierno.

En síntesis, no existe interrupción de negocios o pérdida de beneficios que pueda verse amparada en el contexto de la pandemia por una cobertura asegurativa (salvo aquellos casos en los que expresamente se admita) porque, en primer lugar, la pandemia constituye un riesgo de carácter no asegurable y, en segundo lugar, porque no reúne las condiciones que dicha cobertura exige.

### **Novedades jurisprudenciales internacionales**

#### ***Non-damage business interruption***

Si los conceptos previamente analizados no resultan suficientes para demostrar el carácter no asegurable de la pandemia y la inexistencia de cobertura asegurativa en los términos de la *interrupción de negocios*, los hechos que han tenido lugar en los mercados aseguradores más desarrollados pueden sumar un nuevo elemento.

Estos mercados ofrecen una cobertura adicional, conocida con el nombre de *non-damage business interruption*. La misma consiste en una cobertura que ampara los daños o pérdidas generadas a partir de la interrupción de negocios sin existencia de daño material directo.

El hecho de que exista una cobertura específica de este tipo explica a las claras la inexistencia de cobertura de aquellos daños o pérdidas que carecen de materialidad en las coberturas básicas de *interrupción de negocios* o *pérdida de beneficios*. De lo contrario, no tendría lógica alguna distinguir estos dos tipos de cobertura.

Justamente, la existencia de esta cobertura de *non-damage business interruption* explica algunos de los casos en los que excepcionalmente se ha hecho lugar al reconocimiento de la cobertura, sobre todo en el plano internacional, como el resonado caso promovido por la *Financial Conduct Authority* ("FCA") en el Reino Unido, que diera lugar a un pronunciamiento favorable a algunos de los asegurados para el caso de ciertas pólizas que incluían esta cobertura.

Ahora bien, como ya se ha dicho antes, estamos en presencia de una cobertura que se ofrece en mercados más desarrollados, donde los asegurados cuentan con una amplia gama de productos que pueden incluirla, mientras que los mercados menos desarrollados, como el latinoamericano, no contemplan este tipo de cobertura, lo que torna de imposible aplicación los criterios interpretativos aplicados en dichos pronunciamientos a la realidad local. Ello también explica por qué en América Latina no se han evidenciado novedades jurisprudenciales en materia de seguros con relación al Covid-19 y la interrupción de negocios.

### **Conclusiones**

La pandemia es un riesgo de (casi) imposible previsión para las compañías aseguradoras que, además, no reúne los requisitos propios de un riesgo asegurable. En consecuencia, estamos en presencia de un riesgo no asegurable en su naturaleza y que, por ende, difícilmente puede encontrarse amparado en las pólizas de seguros generalmente comercializadas en los mercados aseguradores locales e internacionales, salvo contadas excepciones.

Adicionalmente a su naturaleza no asegurable, las pérdidas que resultan en el contexto de una pandemia tampoco reúnen los requisitos exigidos por las pólizas, esto es, la existencia de un daño o pérdida material y directo, resultante de un riesgo debidamente cubierto.

En este contexto, y con carácter excepcional, algunos asegurados podrán requerir a sus aseguradoras redefinir las condiciones contractuales pactadas en las pólizas, con miras a garantizar, a futuro, la cobertura de este tipo de pérdidas, pero ello dependerá de dos grandes condiciones: en primer lugar, del pago de una prima sustancialmente superior, y en segundo lugar, de que las aseguradoras evidencien interés y capacidad por brindar este tipo de cobertura, atendiendo a su (casi) imposible cálculo y predicción.

*\* Esta coluna é produzida pelos professores Ilan Goldberg e Thiago Junqueira, bem como por convidados.*

### **Date Created**

28/04/2022